



Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von:

Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian

in Kooperation mit:

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Ulrich Preis

Institut für Deutsches und
Europäisches Sozialrecht,
Universität zu Köln

PD Dr. Felix Welti

Christian-Albrechts-Universität zu
Kiel / Hochschule Neubrandenburg

Juni 2007

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 11/2007 –

Klare Linien zur Vermeidung einer Diskriminierung bei Stellenbesetzungen

von Dr. Alexander Gagel, Marcus Schian

Es geht um die Folgen einer **Missachtung von Anforderungen**, die zur Sicherung gleicher Chancen für schwerbehinderte Stellenbewerber, an den Arbeitgeber gestellt werden (**§§ 81 Abs. 1 und 82 SGB IX**; dazu auch Diskussionsbeiträge B 14-2006 und B 1-2007). Hierzu hat das BAG in jüngster Zeit schon einmal ein wegweisendes Urteil gefällt (BAG, 15.2.2005 - 9 AZR 635/03 - AP Nr. 7 zu § 81 SGB IX, dazu Diskussionsbeitrag B 14-2006). Danach begründen Verstöße gegen die §§ 81f. SGB IX die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung. Macht der abgelehnte Bewerber einen Anspruch auf Entschädigung geltend (§ 81 Abs. 2 Nr. 2 und 3 SGB IX a.F.) obliegt es dem Arbeitgeber diese Vermutung zu widerlegen. Der Fall betraf die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung. Mit dem jetzt veröffentlichten Urteil vom 12.9.2006 (- 9 AZR 807/05 -) setzt das BAG diese Rechtsprechung in Bezug auf andere Rechtsverstöße fort und ergänzt sie in wesentlichen Punkten.

Die Verantwortlichen in Verwaltungen und Betrieben können sich nunmehr eine **Checkliste** anlegen, die sie bei jeder Neubesetzung von Stellen durchgehen sollten, wenn sie Schadensersatzansprüche vermeiden wollen. Das Feld ist durch die beiden genannten Entscheidungen des BAG jetzt so gut aufbereitet, dass Zweifel nur noch in Randfragen auftreten können. Zugleich haben damit auch die betrieblichen Vertretungen eine Übersicht über die ihnen nach § 95 Abs.1 Satz 2 Nr. 1 SGB IX / § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG obliegenden Überwachungsaufgaben.

Das Urteil gibt schließlich außerdem öffentlichen Arbeitgebern einen klaren Hinweis, dass sie ihre **Ausschreibungen streng an den Kriterien** ausrichten müssen, die für die Wahrnehmung der Aufgaben in der ausgeschriebenen Stelle **objektiv** erforderlich sind.

Dr. Alexander Gagel

Marcus Schian

Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

BAG, Urteil v. 12.09.2006 - 9 AZR 807/05 -

I. Wesentliche Aussagen¹

1. Verletzt ein Arbeitgeber des Öffentlichen Dienstes seine Pflichten nach § 81 Abs. 1 Satz 2 und § 82 SGB IX, rechtfertigt das die Vermutung, er benachteilige schwerbehinderte Beschäftigte wegen ihrer Behinderung iSv. § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF.2.
2. Der öffentliche Arbeitgeber ist gehalten, bei einer Stellenausschreibung das Anforderungsprofil ausschließlich nach objektiven Kriterien festzulegen. Ansonsten würde der Arbeitgeber des Öffentlichen Dienstes das durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistete Recht auf Zugang zu einem öffentlichen Amt einschränken, ohne dass dies durch Gründe in der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung des Bewerbers gerechtfertigt wäre.
3. Daher ist es unzulässig, einen für die Art der auszuübenden Tätigkeit nicht erforderlichen Ausbildungsabschluss einer bestimmten Hochschulart (hier: Fachhochschuldiplom) zu verlangen. Bewerber mit gleichwertigen Bildungsabschlüssen dürfen nicht ausgeschlossen werden.

II. Der Fall

Die Fachhochschule Trier hatte eine Stelle **ausgeschrieben** für die Bereiche Controlling, Kosten- und Leistungsberechnung, Flächenmanagement (Vergütungsgruppe IVa/III); gesucht wurden **Bewerber mit Fachhochschulabschluss** - Diplom-Betriebswirt/in. Behinderte Bewerber würden bevorzugt berücksichtigt

Der Kläger (geb. 1962), der sich um diese Stelle beworben hatte, hat einen gelähmten rechten Arm (GdB 100). Zuvor war er dreieinhalb Jahre als Controller in einem mittelständigen Betrieb mit den Schwerpunkten Berichtswesen, Reporting und kaufmännische Planung tätig gewesen. Er verfügt über einen Universitätsabschluss als Diplomkaufmann.

Die Fachhochschule **lud nur diejenigen Bewerber/Bewerberinnen** zu Vorstellungsgesprächen ein, **die einen Fachhochschulabschluss vorweisen konnten**, mithin nicht den Kläger. Er erhielt die Mitteilung, dass seine Bewerbung nicht berücksichtigt werden könne. Zuvor war **weder die Agentur für Arbeit über das Stellenbesetzungsverfahren informiert worden noch war die Schwerbehindertenvertretung an der Prüfung beteiligt worden**.

Daraufhin forderte der Kläger von dem beklagten Land eine Entschädigung von mindestens drei Monatsgehältern (§ 81 Abs.2 Nr. 2 SGB IX; Fassung vor der Änderung durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz „AGG“ = SGB IX a.F.).

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass der Kläger nicht den geforderten Fachhochschulabschluss habe. Das sei aber wesentlich, da nur Absolventen mit Fachhochschulabschluss eine anwendungsorientierte fachhochschulspezifische Ausbildung durchlaufen hätten, auf die es bei der ausgeschriebenen Stelle ankomme.

¹ leicht abgewandelte Auszüge aus den Leitsätzen des Bundesarbeitsgerichtes.

In den Vorinstanzen hatte der Kläger keinen Erfolg.

III. Die Entscheidung

Das BAG hat die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LArbG zurückverwiesen. Dem Kläger stehe der Entschädigungsanspruch zu; lediglich zur angemessenen Höhe seien weitere Feststellungen erforderlich. Das BAG führt drei Tatbestände auf, die geeignet sind die **Vermutung einer Benachteiligung** (§ 81 Abs.2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX a.F.) zu begründen:

Die erste ist der Verstoß gegen die Verpflichtung aus §§ 81 Abs. 1 SGB IX, **vor jeder Stellenbesetzung Verbindung mit der Agentur für Arbeit** aufzunehmen, damit diese geeignete schwerbehinderte Bewerber vorschlagen könne. Dieses Unterlassen lasse vermuten, dass an der Einstellung schwerbehinderter Bewerber kein Interesse bestanden habe.

Der zweite Verstoß liege darin, dass das beklagte Land (öffentlicher Arbeitgeber) gegen die Verpflichtung aus § 82 Satz 2 SGB IX verstoßen habe, den Kläger zu einem **Vorstellungsgespräch** einzuladen. Diese Verpflichtung bestehe auch dann, wenn die Eignung zweifelhaft sei. Dem behinderten Bewerber / der behinderten Bewerberin solle dadurch eine weitere Chance eröffnet werden, den Arbeitgeber von seiner / ihrer Eignung zu überzeugen. Der in diesem Verstoß liegende Ausschluss vom weiteren Bewerbungsverfahren bedeute eine Benachteiligung im Zusammenhang mit der Behinderung. Die Einladung sei auch **nicht** deshalb entbehrlich gewesen, weil der Kläger **offensichtlich ungeeignet** gewesen sei (§ 82 Satz 3 § SGB IX).

Ein öffentlicher Arbeitgeber dürfe Stellen nur nach objektiven Kriterien ausschreiben. Andernfalls werde das in **Art. 33 Abs. 2 GG** garantierte Recht auf **freien Zugang zu öffentlichen Ämtern** verletzt. Hiergegen sei verstoßen worden, indem das Diplom einer Fachhochschule zur Voraussetzung gemacht worden sei. Das FH-Diplom sei für die Tätigkeit nicht vorgeschrieben gewesen. Es sei auch nicht offensichtlich, dass der Universitätsabschluss dem Fachhochschulabschluss in der Praxis deutlich unterlegen sei.

Der dritte Verstoß könne in der **Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung** liegen (§ 81 Abs. 1 Satz 4 und 6 SGB IX). Er könne jedoch revisionsrechtlich keine Berücksichtigung finden, da der Kläger in den Tatsacheninstanzen versäumt habe das Bestehen einer Schwerbehindertenvertretung vorzutragen.

Darauf, dass möglicherweise keine **Absicht** bestand, den Bewerber zu benachteiligen **komme es nicht an**, sondern allein darauf, ob die Unterlassung objektiv geeignet war, eine Benachteiligung zu bewirken.

Entgegen der Auffassung des LArbG habe das beklagte Land die aus den genannten Verstößen gegen Rechtspflichten abzuleitende **Vermutung der Benachteiligung nicht widerlegt**.

IV. Würdigung/Kritik

Das **BAG hat bereits mit einem Urteil vom 15.02.2005** (- 9 AZR 635/03 -; AP Nr. 7 zu § 81 SGB IX) entschieden, dass ein Verstoß gegen Pflichten, die die Berücksichtigung schwerbehinderter Bewerber bei der Einstellung sichern sollen, die **Vermutung der**

Benachteiligung begründet. Einem Bewerber gegenüber, der unter Hinweis auf diese Benachteiligung eine Entschädigung geltend macht (§ 81 Abs. 2 Nr. 2 und 3 SGB IX a.F.), obliegt es ihm deshalb diese Vermutung zu widerlegen. Dieses frühere Urteil betraf die **Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung**. Ergangen sind ferner zahlreiche Urteile von ArbG und LArbG, die aus diesem und anderen Verstößen gegen die Verpflichtungen aus §§ 81/82 SGB IX die Vermutung der Benachteiligung ableiten. In der Konsequenz wurde der Arbeitgeber jeweils auf der Grundlage von § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 SGB IX a.F. zur Entschädigung verurteilt, weil die Vermutung der Benachteiligung nicht widerlegt wurde (vgl. Diskussionsbeiträge B 14-2006 und B 1-2007). Die Höhe der Entschädigung hing dabei immer von den Umständen des Einzelfalls ab. Zum Verständnis der Entscheidungen zur Benachteiligungsvermutung sei hier noch darauf hingewiesen, dass sie alle noch auf der Basis des bis 18.08.2006 geltenden Rechts (§ 81 Abs. 2 SGB IX a.F.) ergangen sind. Für die Zeit danach gilt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz - AGG - insbesondere die Vermutung nach § 22 AGG. Inhaltlich bestehen aber keine Abweichungen, die die bisher getroffenen Entscheidungen infrage stellen.

Zusammenfassend sind bei der Stellenbesetzung folgende Pflichten zu beachten:

- **Benachrichtigung der Bundesagentur für Arbeit** vor Stellenbesetzungen, damit diese geeignete schwerbehinderte Bewerber vorschlagen kann
(§ 81 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB IX; vgl. BAG, Urteil vom 12.9.2006 - 9 AZR 807/05 -; ArbG Frankfurt/M., Beschl. v. 01.03.2006 - 22 BV 856/05 - jurisPR-ArbR 4/2007)
- **Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung** und des Betriebsrats/Personalrats über diese Vorschläge und die Bewerbungen schwerbehinderter Menschen unmittelbar nach deren Eingang
(§ 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX) (LArbG Frankfurt/M., Urt. v. 22.03.2006 - 2 Sa1686/05 - jurisPR-ArbR 44/2006)
- **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung** und **Anhörung des Betriebsrats/Personalrats** bei der Prüfung, ob schwerbehinderte Bewerber berücksichtigt werden können
(§ 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX; (BAG, aaO. LArbG Frankfurt/M. a.a.O.)
- **Einladung der Bewerber** zu einem **Vorstellungsgespräch** bei Einstellungen im öffentlichen Dienst, es sei denn die fachliche Eignung fehlt offensichtlich (§ 82 SGB IX) (LArbG Kiel 08.11.2005 - 5 Sa 277/05 - ArbuR 2006, 367, jurPR-ArbR 39/2006).
- **Erörterung der Gründe** einer ablehnenden Entscheidung mit Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat/Personalrat, wenn die Beschäftigungsquote nicht erfüllt und die Vertretung mit der Entscheidung nicht einverstanden ist.
(§ 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX; zu dieser Einzelfrage ist hier noch keine Gerichtsentscheidung bekannt)
- **Anhörung des behinderten Bewerbers** hierzu
(§ 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX; auch zu dieser Frage ist hier noch keine Gerichtsentscheidung bekannt)

- **Unterrichtung aller Beteiligten** über die Gründe der letztlich getroffenen Entscheidung (§ 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX; zu weitgehend allerdings LArbG Frankfurt/M, Urt. v. 07.11.2005 - 7 Sa 473/05; ArbG Frankfurt/M., Urt. v. 19.02.2003 - 17 Ca 846/02 -)
- insbesondere **Mitteilung der Gründe an den Bewerber** (zu weitgehend hier LArbG Frankfurt 22.03.2006 - 2 SA 1686/05 - ablehnend Gagel jurisPR-ArbR 44/2006 Anm. 2).

Das hier besprochene Urteil des BAG bezieht sich auf §§ 81 Abs. 1 SGB IX Sätze 2 (Meldung der offenen Stelle bei der Agentur für Arbeit), 4 (Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung), 6 (Anhörung der Schwerbehindertenvertretung) und 82 (Einladung zu einem Vorstellungsgespräch). Die Entscheidung bestätigt auch für diese Fälle die gefestigte Rechtsprechung, dass dem Arbeitgeber bei Geltendmachung einer **Entschädigung** nach § 81 Abs. 2 SGB IX a.F. obliegt, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, die eine Benachteiligung widerlegen, wenn der schwerbehinderte Bewerber **Hilfstatsachen** glaubhaft macht, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Mit der Aufzählung von Pflichtverstößen, die im entschiedenen Fall die Vermutung einer Benachteiligung begründeten und dem Hinweis, dass es bei der Beurteilung genügt, dass eine Unterlassung objektiv geeignet war, eine Benachteiligung zu bewirken schafft das BAG eine begrüßenswerte Klarheit über die Grundlagen von Entschädigungsansprüchen, die es so bisher nicht gab. Hinsichtlich des letztgenannten Punktes hatte das LAG Kiel (Urt. v. 08.11.2005 - 5 Sa 277/05 - dazu Welti ArbuR 2006, S. 247-249; Gagel, ArbuR 2006, S. 367 und jurisPR-ArbR 39/2006) noch etwas zurückhaltender argumentiert. Die aufgestellten Maßstäbe gelten auch für die Zeit nach Inkrafttreten AGG, das in § 22 eine entsprechende Beweislastumkehr für alle Formen und Fälle der unzulässigen Benachteiligung regelt (vgl. dazu Diskussionsbeitrag B 14-2006).

Das Urteil ist aber auch noch insoweit bemerkenswert, als es zur Frage der **Eignung** des Bewerbers mit großer Deutlichkeit die **Bindung der Ausschreibungen** eines öffentlichen Arbeitgebers an die **objektiv erforderlichen Kriterien** herausarbeitet (oben Leitsatz 2). Dies ist deshalb von erheblicher Bedeutung, weil das BAG im Rahmen von § 82 SGB IX ansonsten die Eignung eng an den Inhalt der Ausschreibung bindet (BAG, Urt. v. 15.02.2005 - 9 AZR 635/03 - AP Nr. 7 zu § 81 SGB IX; desgl. LArbG Kiel, aaO.). Im jetzt entschiedenen Fall war die Arbeitgeberin über objektive Kriterien hinausgegangen, indem sie Bewerber mit höherwertigen Abschlüssen ausschloss.

Die Beachtung der genannten Pflichten ist im Übrigen nicht nur zur Vermeidung von Entschädigungsansprüchen erforderlich. Ein Verstoß gegen die Pflichten kann wegen der bestehenden Überwachungspflichten des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung auch betriebsintern zu Auseinandersetzungen führen. Dem Betriebsrat steht bei Pflichtverstoß u.U. auch das Recht zu seine Zustimmung zur Einstellung eines Bewerbers zu verweigern (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 und 4 BetrVG; dazu ArbG Frankfurt Beschluss v. 1.3.2006 - 22 BV 856/05 -).

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.
